

# 2

## Homoafetividade sob a ótica do direito no Brasil

*José Edvaldo Albuquerque de Lima* \*

---

\* Doutorado em Direito Civil, Faculdade de Direito Pública de Buenos Aires, UBA, Argentina. Especialização em Direito Processual Civil, Centro Universitário de João Pessoa, UNIPÊ, João Pessoa, Brasil. Graduação em Bacharelado em Direito, Centro Universitário de João Pessoa, UNIPÊ, João Pessoa, Brasil. Celetista, Enquadramento funcional: Professor Assistente, Instituto Paraibano de Educação e Cultura – INPEC. [joseedvaldolima@hotmail.com](mailto:joseedvaldolima@hotmail.com)

*Criterio Jurídico* Santiago de Cali V. 14, No. 1 2014-1 pp. 44-69 ISSN 1657-3978

Recibido: 31 de mayo de 2014

Aprobado: 03 de julio de 2014

## **Resumo**

Este trabalho tem por objetivo principal examinar o problema dos direitos nas relações homoafetivas, a partir de uma abordagem mais profunda e ampla, que considera a técnica legislativa, devido à hipótese de que se faz mister novos direitos para contemplar os interesses do grupo dos indivíduos homoafetivos, uma vez que as peculiaridades desta relação que não pode ser apenas uma analogia às relações heterossexuais de casamento ou de filiação. A questão dos direitos humanos, portanto, foi vista sob o ângulo de seus efeitos dentro das normas individuais constitucionais. O que se propõe como continuidade desta exploração de ideias inicial é a concepção de novos direitos, diferentes dos institutos já formalizados na Constituição.

## **Palavras chave**

Constituição Brasileira; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Homoafetividade.

## **Homoaffectivity from the perspective of law in Brazil**

## **Abstract**

This paper has the purpose to examine the problem of rights of homoaffective unions, from a deeper and more comprehensive approach that considers the legislative technique, due to the hypothesis that we need new rights to contemplate the interests of the group of homosexual individuals because the peculiarities of this union can not be just an analogy to heterosexual relations of marriage or affiliation. The issue of human rights, therefore, was seen in the light of their effects within constitutional standards. What is proposed to continue this search of initial ideas is the conception of new rights, different from the institutes that already exist in the Constitution.

## **Keywords**

Brazilian Constitution; Fundamental Rights; Human rights; homoaffectivity.



## 1. Considerações iniciais

A homoafetividade é amplamente discutida nos dias atuais. Faz-se presente em eventos acadêmicos, redes sociais, âmbito jurídico e nas mais corriqueiras conversas. A polêmica se notabiliza porque os alicerces do paradigma da família heterossexual vêm sofrendo abalos diuturnos, provocando reflexões e mudanças no tecido social. O Direito, na esteira desta realidade, passa por revisões e transformações. O presente trabalho discorrerá sobre o tema na tentativa de elucidar a evolução das uniões extramatrimoniais e o preconceito à luz do Direito, enfocando especificamente a união homoafetiva.

Sabe-se que os pressupostos éticos e morais de uma sociedade não se modificam abruptamente. Novas práticas se inscrevem, alterações vão ocorrendo, coletivizando-se, instituindo, assim, a quebra do *status quo*. O casamento tradicional é um exemplo disso. Ainda que culturalmente hegemônico, vem dividindo espaço na sociedade brasileira do século XXI. As uniões desvinculadas de aparatos burocráticos e, muitas vezes, dogmáticos, são crescentes. Nesta realidade, inscrevem-se as relações que envolvem pessoas do mesmo sexo.

Esse tipo de união constitui um fato social. A Sociologia Jurídica brasileira, ciente desta realidade, levanta questões que estão longe de serem respondidas plausivelmente. A interdisciplinaridade entre as ciências não se engendra. Assimetrias são visíveis entre as ciências médicas e psicológicas —que retiraram a homossexualidade da esfera patológica—, e a ciência jurídica, que trata a situação com o rigor dos tempos pretéritos.

Tais uniões envolvem, assim como a maioria dos casamentos tradicionais, anseios de constituir uma família repleta de reciprocidades regidas por amor, respeito, harmonia e construção patrimonial. Assim, reflete-se sobre a evolução da união homoafetiva para uma trajetória destituída de preconceitos advindos de uma cultura falocrática, em que sejam elencados todos os direitos inerentes à união estável, por exemplo, a partilha de bens e sucessão patrimonial em casos de rompimento de vínculos ou falecimento.

No caso dos casais do mesmo sexo, essa sucessão não protegida e termina beneficiando, muitas vezes, familiares distantes que desprezaram a pessoa falecida devido à sua orientação sexual, mas que, após a morte, recorrem aos bens adquiridos no decorrer da união, sem respeitar o companheiro (a) do homossexual falecido, que por justiça é quem tem direito à meação, pois foi quem, de uma maneira ou de outra, contribuiu para o aumento do patrimônio. Como o Brasil não possui lei ordinária que proteja a sucessão entre casais do mesmo sexo que não possuem filhos, cabe aos parentes próximos do falecido herdarem a parte patrimonial, deixando o companheiro sobrevivente em total prejuízo. Por conta dessa ausência, a adoção, além de um ato de amor, tem sido a saída para muitos casais homossexuais protegerem o quinhão do seu companheiro, uma vez que, em caso de morte, a parte do falecido irá para o filho menor que ficará sob a guarda e administração do homossexual sobrevivente.

Não deixa de ser uma maneira inteligente para proteger aquele ou aquela que dedicou sua vida ao lado do seu amado ou amado, contra a sanha egoísta e oportunista daquele familiar que lhe virou as costas quando descobriu a preferência sexual do seu familiar. Assim, na ausência de parentes, o espólio é agregado aos bens do Estado, ignorando completamente a relação compartilhada pelo casal.

Este trabalho visa montar um histórico acerca dos avanços relacionados à união homoafetiva, elencando aspectos culturais e avanços sociais, mas, sobretudo, os progressos jurídicos, ainda em processo. Diante desse panorama, o presente trabalho objetiva refletir sobre esta realidade, fazendo valer os direitos garantidos a todo indivíduo independentemente da orientação sexual. Diz o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. Este é um direito inviolável.

## **2. Considerações sobre a família brasileira**

### **2.1. História do conceito de família**

O modelo de família patriarcal, nuclear —pais e filhos, sem agregados—, patrimonializada, de casamento heterossexual indissolúvel consolidou-se

no Brasil, acompanhando o contexto da Europa ocidental no qual a burguesia se instituía no topo da hierarquia social, tecendo e coletivizando sua visão de mundo. De acordo com Del Priore (2001: 36), “o vestido, o buquê e a valorização da castidade feminina só chegaram ao século XIX com o crescimento do modo de vida e dos valores burgueses”.

Sabe-se que a finalidade de regular a família sempre teve interesses econômicos de proteger a permanência dos bens para os herdeiros ou até mesmo agregar patrimônios, geração de filhos, em especial filhos homens, para que sucedessem os pais nos negócios. Assim, passou-se a estimular os casamentos e a geração da prole incessantemente, seja no discurso religioso, nos meios de comunicação, na literatura ou nas relações interpessoais e entre grupos. Quem não se enquadrasse no padrão, sofria sanções, como as críticas ostensivas, os afastamentos e a negação da visibilidade, sendo relegado a uma vida de ostracismo social. As uniões que não obedecessem ao modelo ideal burguês não entravam na classificação de família, sendo contundentemente marginalizadas, apesar de corriqueiras.

A primeira Constituição Brasileira, outorgada pelo imperador Dom Pedro I em 1824, não menciona casamento ou família. Já a Carta Constitucional de 1891, a segunda do país, que inaugura o período republicano, apenas se refere ao casamento civil. No Código Civil de 1916, o conceito de família atende a princípios pragmáticos: ela deve ser hierarquizada e voltada à procriação, construto de mão de obra e edificação de patrimônio (Venosa 2004).

No texto da Carta de 1934, período em que Getúlio Vargas era presidente do Brasil discorre-se de forma mais detalhada e específica, sendo a primeira a dedicar um capítulo especial para a família, estabelecendo em quatro artigos o casamento indissolúvel, sendo eles artigos 144, 145, 146 e 147. A partir desta constituição que as demais passaram a dedicar capítulos à família e trata-la em separado, conferindo-lhe maior importância e significado (Venosa 2004: 204).

Nos demais textos constitucionais, esse princípio foi mantido. A única forma respaldada por lei para se constituir uma família era o casamento.

Todavia, a Lei 883 de 1949 permitiu que se reconhecesse o filho nascido fora no casamento legal.

Já a Lei 4121 de 1962 compreende a mulher como colaboradora da sociedade conjugal (Venosa 2004). Isso porque a mulher, cada vez mais, ampliava seus passos pelo espaço público, conquistando o mercado de trabalho e sendo uma consumidora ativa, com renda própria.

Em 1977, momento de Regime Militar (1964-1985) no país, a Lei 6515, Lei do Divórcio, entrou em vigor, permitindo a dissolução do casamento. Decisão que mostrava a laicização do Estado, constituída oficialmente desde 1891, ao superar os valores religiosos introjetados na família brasileira.

Numa análise retrospectiva, é possível diagnosticar os avanços que foram se instituindo ao longo dos anos em se tratando de família. A completa omissão ou tenacidades estão sendo superadas. Em se tratando de Constituição, apenas a atual, promulgada em 1988, se direciona à família de forma mais abrangente. O termo família legítima possui função didática. Uma nova concepção se acentua na esfera dos costumes e do Direito.

## **2.2. A família na Constituição de 1988**

Na atual Carta Constitucional de 1988, a família continua sendo base da sociedade, com proteção efetiva do Estado. O que mudou foi à visão do casamento como único meio de se constituir a família legítima. O laço extramatrimonial entre homem e mulher, outrora, era alijado do conceito de família. Hoje, ampara-se legalmente, denominado de União Estável. Nas palavras de Fachin (2001: 59):

Após a Constituição Federal de 1988 (marco fundamental do Direito de família), a família brasileira sofreu modificações consideráveis. O legislador constituinte introduziu no campo do Direito de Família o direito à igualdade entre homem e mulher. A união estável foi reconhecida como família legítima, o legislador proporcionou a oportunidade de muitas famílias já constituídas às margens do Direito merecerem respeito antes admitido apenas ao casamento e também

equiparando seus direitos. O casamento passou a ser algo dissociado do legítimo, a legitimidade da família não se relaciona mais com a união oficial e sim com a constituição de uma vida familiar independente de ser oficializada pelo casamento ou não, a afetividade ganhou mais peso. A demanda da realidade prática promoveu a necessidade de reformar o Direito da Família. A realização afetiva e social foi priorizada em detrimento de uma visão conservadora, dentro do modelo corrente no século XIX. De acordo com Fachin (2001: 58): A atual família dentro dos moldes reais existentes na sociedade é mais liberal e justa, tem um conceito diferenciado do conceito tradicional histórico, pois se apresenta de inúmeras formas, com inúmeras variações que a lei deve levar em conta quando tenta regulamentá-la e protegê-la. O objetivo destas uniões não é mais a geração dos filhos, mas o amor, afeto e prazer.

Entende-se, dessa forma, que os modelos de constituição familiar não estão, obrigatoriamente, inseridos no nicho do casamento. Cabe ao Estado regulamentá-las e protegê-las. Independente de qualquer critério genotípico ou fenotípico, a igualdade perante a lei deve ser priorizada e formato hierárquico vertical de família cedeu lugar a certa democratização das relações, justapondo os entes unidos por laços afetivos. As relações de temor e mando, são substituídas pela consciência da igualdade e do respeito mútuo.

O Direito não produz realidades. Ao contrário, os fatos vão-se tornando evidentes, recorrentes e coletivos até o momento em que a regulamentação das práticas se concretizam. No entanto, é preciso avançar ainda mais nesse conceito de união. Os acontecimentos mostram a latência dessa questão. A homossexualidade é um fato social que carece de tutela jurídica. Ora, se o objetivo das uniões defendidas pelo Direito da Família é a realização do amor, do afeto e do prazer, a união homoafetiva precisa ser reconhecida pelo Estado como entidade familiar, pois ela não é diferente das relações heterossexuais.

Acontece que, nas uniões homoafetivas, verifica-se absoluta ausência de regulamentação, seja em legislação constitucional, quanto infraconstitucional, pois nem mesmo o Novo Código Civil foi capaz de acompanhar a necessidade de regramento que as referidas uniões ensejam, isto é, o novo Código Civil já chegou velho e desatualizado.

Se for verdade que “a família acompanha a evolução dos costumes e, por isso, apresenta-se de formas diferentes para atender as necessidades humanas de cada época” (Dias 1999: 42), então, é urgente o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo em todo território nacional, até pelo princípio de equidade, garantindo-lhes a dignidade da pessoa humana.

### **3. União homoafetivo**

#### **3.1. Mentalidade imperante como barreira**

A carga de preconceito existente contra o homossexualismo é grande. A Igreja Católica combate veementemente, desde os seus primórdios, esse tipo de relação, considerada pecado. Tal mentalidade se consolidou no Brasil desde a chegada dos primeiros jesuítas. Um dos instrumentos de dominação em território colonial foi à catequese dos nativos, com o intuito de subjugar os costumes dos indígenas. A homossexualidade, prática comum entre os nativos, foi violentamente combatida nos contatos inter-étnicos.

Essa não é, contudo, uma peculiaridade dos dogmas católicos. As demais crenças monoteístas defendem, de modo geral, a heterossexualidade e o sexo fértil, considerando abominável qualquer outro tipo de prática, impondo um discurso onde induz os indivíduos a ver essas relações como promíscuas e imorais.

Há um receio hegemônico de que, por meio da união homoafetiva se legitimamente reconhecida, a sua proporção aumente exacerbadamente na sociedade, naturalizando a situação. É certo que não há fundamentação científica que aporte esse pensamento. O que pode acontecer e realmente encontra-se em franca evolução é um maior número de casais constituídos por indivíduos do mesmo sexo assumindo essa condição publicamente, passando a reclamar, com justiça, o livre direito de ir e vir, garantido nas Constituições de cunho liberal, inclusive na de 1988. Não há, no momento, nada que impeça a união estável entre homossexuais, pois a consciência de liberdade e igualdade já se encontra incorporada a cada grupo de homossexuais, encontrando apenas empecilho por falta de uma legislação que os ampare, pois, a barreira para tais uniões são as



disposições na Constituição e do Novo Código Civil, que colocam a união entre homem e mulher equiparada ao casamento, rejeitando a convivência como célula familiar de casais do mesmo sexo devido à finalidade primordial do casamento ser a reprodução, apesar de existirem milhares e milhares de mulheres estéreis. A carga religiosa monoteísta, fortemente expandida no Brasil, prioriza a procriação como finalidade ou como fim único do casamento, esquecendo-se daqueles que por situações genéticas não podem gerar vida.

Dessa forma, se um indivíduo escolheu determinada identidade sexual, deve tê-la respeitada e não pode ser impedido de exercê-la em sua esfera social, sob pena de ser afrontado o princípio da dignidade da pessoa humana. Além do que, obrigar alguém a ser o que não é, significa violar seu direito de autodeterminação e, por consequência, impedi-lo de atingir a meta de todos os seres humanos, qual seja, a felicidade.

Reitera-se, portanto, que não existem motivos plausíveis para impedir o casamento pela impossibilidade de procriar. As barreiras mais fortes estão na educação religiosa que trata os homossexuais como doentes e na inércia do Poder Legislativo. De modo geral, nos credos religiosos imperantes no Brasil, o casamento é visto como único meio de se constituir uma família, estigmatizando as relações que fogem a esse padrão como imorais e fragmentárias. Logo, homossexualidade é opção e não desvio sexual ou doença.

Com a evolução cultural e ainda a questão da dignidade das pessoas humana, não devemos constranger quem quer que seja, principalmente aqueles que por opção e não doença, resolvem manter um relacionamento afetivo com pessoas do mesmo sexo, em convivência semelhante aos casais heterossexuais. Ocorre que, a validade jurídica de casamentos realizados no Brasil por mera decisão de alguns membros do Poder judiciário é caso a ser discutido. Se não existe norma legal no Código Civil brasileiro, não vejo como pertinente, apesar de justo, o instituto do casamento, com validade jurídica, em Direito de Família, ser estendido aos casais homossexuais.

No Código Civil Brasileiro, a questão do casamento possui tipificação legal e se reporta a união entre homem e mulher, infelizmente, mesmo

com Código novo, o legislador não se preocupou com a realidade atual concernente a regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo. Como se sabe, o matrimônio é permeado de formalidades, visando colher apenas o consentimento dos nubentes. Assim, “o ato de celebração representa o elemento formal do casamento, emprestando-lhe efeito constitutivo” (Dias 2005: 258).

O artigo 1514 do Código Civil, quando afirma que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”, tacitamente encontra-se proibido o casamento entre pessoas do mesmo. O que é uma lastima.

Quando se fala em igualdade, trata-se aqui de direito de todos independentemente de raça ou preferência sexual. Sabe-se que a orientação sexual de um indivíduo não diminui ou mascara o seu caráter. Nesse ponto, cabe ao Estado democrático de Direito respeitar essa opção sexual, garantindo direitos sem discriminação, aplicando a mesma norma ofertada aos heterossexuais. Pois, um dos grandes problemas que afetam os casais homossexuais diz respeito à questão do direito sucessório.

O projeto da Senadora Marta Suplicy transforma em lei a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que em maio do ano passado reconheceu a união estável entre homossexuais como unidade familiar. “O que nós fizemos foi colocar no Código Civil aquilo que o STF já fez”, declarou a senadora.

De acordo com a Agência Senado, a relatora do projeto na Comissão de Direitos Humanos, senadora Lídice da Mata (PSB-BA), afirmou que o Congresso está “atrasado” em relação a outras instituições que já reconheceram a união de casais do mesmo sexo, como o STF, a Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Ocorre que esse projeto encontra-se paralisado no senado federal.

Ora, proibir, nos dias atuais, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, além de atentado discriminatório, viola o princípio da igualdade e dos direitos humanos. Particularmente, entendo que essa proibição e essa inércia do nosso legislativo federal em ainda não ter votado alterações no

Código Civil, regulamentando o casamento entre casais do mesmo sexo, é comparável a segregação racial que perdurou por muitos anos na África do Sul, um verdadeiro atentado aos direitos humanos e a livre manifestação de vontade.

De fato, nos países em que o casamento homossexual chegou mais cedo, como por exemplo, os nossos vizinhos Argentina e Uruguai, deram um passo muito grande na questão do respeito aos direitos humanos. Não há de se vislumbrar diferença ente heterossexuais e homossexuais, desde que haja respeito mutuo, a opção sexual não pode ser encarada como fator diferencial.

Deve-se cobrar aos nossos representantes na Câmara Federal e no Senado da República, agilidade na aprovação de alteração da nossa lei infraconstitucional, garantindo direitos aos casais homossexuais. O Poder Judiciário vem, aos poucos fazendo sua parte, na resolução de conflitos que não estão catalogados nas nossas leis ordinárias. No entanto, apesar do esforço de alguns juízes, mesmo os da mais Alta Corte de Justiça —Supremo Tribunal Federal— STF, são decisões que fogem à normalidade, pois o juiz no direito brasileiro é o intérprete e aplicador da lei, não possuindo poderes para legislar.

O artigo 4º da LICC diz que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e também com os princípios gerais do direito”.

No caso em comento, não existe uma lacuna em uma norma jurídica, isto é, não há uma norma que regule o caso concreto para que o juiz recorra aos instrumentos que o artigo 4º da LICC lhe confere. Vários cartórios espalhados pelo Brasil já têm procedimento próprio de conversão da união estável homoafetivo em casamento civil. Tudo com o apoio do Poder Judiciário que vem em pequeno número, mas já é um avanço, prolatando decisões favoráveis ao casamento civil igualitário, inclusive na adoção de crianças e a concessão de Licença Maternidade para pais homossexuais e mães homossexuais. Mesmo assim, os homossexuais continuam discriminados por falta de Lei que adeque e dê os mesmo direitos dos heterossexuais os casais homossexuais, para que

tenham acesso aos seus direitos de maneira igualitária e que não sofram qualquer tipo de discriminação.

O Conselho Nacional de Justiça CNJ, órgão que possui competência fiscalizadora na questão administrativa do Poder Judiciário, aprovou Resolução para que os cartórios em todo o território brasileiro aceitassem o registro de casais do mesmo sexo no tocante a uniões homoafetivas. Imediatamente, o deputado Arolde de Oliveira —PSD-RJ—, ingressou com projeto de Lei na Câmara para suspender a Resolução do CNJ, dizendo, em síntese, que a norma em vigência “extrapola as competências do CNJ, em suas atribuições de órgão regulador administrativo do Judiciário”. Se aprovado, o projeto de Arolde susta os efeitos da resolução do CNJ que “dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo”.

Isso mostra que o parlamento brasileiro não possui vontade política para equipara os homossexuais aos heterossexuais, cabendo aos prejudicados se unirem, fazendo pressão junto aos parlamentares para aprovação do projeto de lei em tramitação na Câmara Federal e assim, passarem a ter direitos legais, evitando os constrangimentos atuais.

É fundamental a regulamentação da união civil entre casais do mesmo sexo para assegurar direitos decorrentes de uma convivência partilhada protegida pela Carta Constitucional, como a liberdade individual, igualdade e direito à identidade.

Toda sociedade, considerando as categorias de tempo e espaço, possui valores culturais dominantes e socialmente compartilhados. É inerente à padronização a marginalização e a exclusão. Dessa forma, tudo o que não se enquadra nos padrões acaba por ser ignorado, rejeitado ou mesmo sendo vítima de abandono e injustiças. Como no sistema de jardinagem, o que não está dentro do que se convencionou como certo é cortado sutil ou bruscamente. Entretanto, as sociedades não são estanques. Modificações são engendradas no tecido social. É o que o sociólogo Pierre Bourdieu (2007) intitula “estruturas estruturantes”, o que está suscetível a mudanças.

O tema do respeito à diversidade sexual não é incipiente no Brasil. Mas uma cortina de hipocrisia e de atitudes tímidas tangenciava o assunto na esfera legislativa até o momento em que o reconhecimento jurídico da união homoafetiva foi realizada. Todavia, antes disso, os passos a essa grande conquista pareciam lentos, mas não de pode negar que foram decisivos.

### **3.2. Sociedade de fato**

Originada na jurisprudência, a Sociedade de Fato é um instituto jurídico que consiste na coabitação de duas pessoas, com vida e patrimônio em comum. Esse vínculo, porém, assemelha-se ao comercial, afastando-se do afetivo. É direito obrigacional. Segundo Welter (2003: 15):

Existem diferentes correntes sobre o registro da sociedade de fato: corrente minoritária fala sobre a impossibilidade do registro, pois entende que a Constituição Federal não o amparou ou lhe estendeu a proteção do Estado, nem tampouco equiparou a união estável entre pessoas do mesmo sexo à família. Nesta mesma visão, percebe-se que também o direito natural não acolhe a livre opção sexual e nem esta se molda aos critérios de moral de bons costumes.

No âmbito da sociedade de fato, mesmo que a livre disposição de bens seja admitida na esfera do Direito Patrimonial privado, através de ato intervivos ou causa *mortis*, essa disposição não se justapõe com as liberdades de disposição por doação ou legado, com pacto de coexistência entre pessoas do mesmo sexo.

O entendimento majoritário versa sobre a possibilidade do registro da sociedade de fato, entendendo, por analogia, com o regulamento da união estável entre casais do mesmo sexo. Nessa situação, caberia registrar, no caso de união estável. O efeito desse registro era meramente patrimonial, para que a prova da união fosse preservada. Ocorre que, por falta de previsão legal ela não atinge o direito sucessório. Aplica-se tão somente aos casos de dependência econômica para garantir pensão por morte do companheiro ou ser incluído como dependente em plano de saúde.

Não se pode negar a possibilidade da existência da sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, isso porque esta sociedade pode acontecer mesmo sem coabitação ou convivência habitual, sendo, então, dispensável o intuito de constituir família. Ainda que possa negar que a união de patrimônio decorra como fruto desta convivência é evidente que explorando atividade profissional conjunta haverá a sociedade de fato, na medida de colaboração de um dos sócios. Porém, da simples convivência entre pessoas do mesmo sexo, é certo que não resulta em patrimônio comum, para efeito de sucessão.

A união homoafetiva não sendo uma sociedade de fato, quando os laços são apenas afetivos, também não pode dar à ela equiparação ao casamento, visto que este é a união legalmente constituída entre homem e mulher, com a observância das formalidades previstas em lei. Assim sendo, embora a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 parágrafo 3º, define a união estável como a entidade formada entre homem e mulher, o que, à primeira vista, exclui a possibilidade de incluir as uniões homoafetivas. Se analisarmos mais detalhadamente, existirá uma lógica na inclusão da união homoafetiva na união estável, vez que, acima das leis, estão os princípios constitucionais. E quando o artigo mencionado outorga proteção estatal apenas para as uniões entre pessoas heterossexuais, contraria o princípio constitucional que prevê o respeito à dignidade humana, onde proíbe qualquer discriminação em razão de raça, credo, convicção, política e sexo. No entanto, precisa ser regulamentado por lei ordinária.

A Sociedade de fato se mostra insuficiente. A inclusão da união homoafetiva nessa categoria é a decisão mais justa e condizente com a liberdade fundamental do indivíduo, inclusive no que concerne à orientação sexual, inerente ao de privacidade.

### **3.3. União homoafetiva e família**

O ponto de partida para analisar a trajetória até o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é o direito de igualdade perante a lei, independente de sexualidade, ideologias ou diferença de qualquer natureza. O Direito, que tem fim social, deve ter isso como iniciativa capital. Por isso as leis não podem ser estáticas e os legisladores devem

se despir de preconceitos, paixões e partidarismos, em nome do bem-estar social. De acordo com Dias (2001: 135):

A homossexualidade existe e não tem que ser explicada, apenas existe e merece o respeito mútuo da sociedade. No entanto, coexiste com esse universo de discriminação e preconceito um número crescente de relações homoafetivas, mas no ordenamento pátrio, por muito tempo se encontram às margens da lei, como já estiveram as uniões estáveis dos heterossexuais antes do reconhecimento legal.

Para Dias a evolução da Ordem Jurídica sofreu e sofre obstáculos grandes dentro de uma sociedade tradicionalmente católica. Ele sustenta que talvez seja porque o Direito de Família é talvez o campo do Direito mais sensível aos costumes e aos princípios religiosos. Lembra ainda que, na doutrina cristã, a homossexualidade representa um desvio de padrões éticos de conduta e um padrão ultrajante nas sociedades que se fiam na moral e nos bons costumes.

Mesmo com a liberdade de credo e culto sendo direito constitucional assegurado desde a Constituição de 1891, a tendência da legislação sempre desaguou na proteção e resguardo do casamento heterossexual e monogâmico, refletindo o tradicionalismo característico da sociedade.

Algumas jurisprudências do início do século XXI trazem decisões favoráveis. Alguns casos são enunciativos. No ano de 1995, o projeto de Lei nº 1.151, conhecido como Projeto Suplicy, regulava os efeitos jurídicos das uniões homoafetivas. Projeto que se encontra paralisado até hoje.

Em 2002 a Justiça Federal gaúcha estabeleceu garantias previdenciárias como auxílio-reclusão e pensão por morte a casais homoafetivos. A partir daí, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) foi obrigado a reconhecer esses casais como dependentes previdenciários. Já em 2004, um Parecer da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça permitiu o registro da união de casais homossexuais.

A Carta Constitucional de 1988, embora não proíba, não traz amparo à formação de entidades familiares entre pessoas do mesmo sexo. Essas

relações ficaram submetidas ao regime das sociedades civis, lembrando o lócus em que se encontrava o regulamento da união estável antes da promulgação daquele documento. Quando a Lei é omissa, avulta a possibilidade de discriminação e abre espaço para a perpetuação do preconceito, acabando por legitimar, de certa forma, atos de intolerância ou mesmo de violência praticados pelos homofóbicos.

O que se deve conceber, *a priori*, é que seres humanos com igualdade a direitos salvaguardados por lei, não podem ficar às margens dela. Daí o projeto Suplicy, em seu artigo 3º, determinar que o contrato de união estável será lavrado em Ofício de Notas com livre pactuação. A aparência contratual permaneceu e ensejou o surgimento da sociedade civil entre casais homoafetivos.

Mesmo com algumas evoluções legislativas e jurisprudenciais, não se deu a união estável privilégios superiores ao casamento, desta forma também ocorreram com a união civil entre homossexuais, ficando a margem das uniões preexistentes, que são lícitas e legítimas. Todavia, se faz necessário refletir que o antigo entendimento sobre família está atrelado ao Direito Positivo, enquanto que a união estável e até mesmo a união civil estão atreladas ao Direito Natural, que instituiu uma relação de fato. Contudo, nenhuma forma de convivência pode ser ignorada pela justiça (2001: 135).

Reafirmando o apelo à tradição que circunda o texto da Lei, o casamento constitui a família legítima e confere aos seus parceiros direitos e garantias peculiares ao ato solene do casamento, ou seja, vínculo de afinidade no parentesco; nova ordem de vocação sucessória; formação da sociedade conjugal; emancipação, em alguns casos; disciplina das relações patrimoniais dos cônjuges através do regime de bens adotado, e impõe aos cônjuges os deveres matrimoniais. Dessa forma, toda forma de união ilegítima está às margens da legítima. Pronuncia a autora.

O projeto Suplicy visa disciplinar a união civil entre homossexuais num esboço contratual de parceria, assegurando a duas pessoas o reconhecimento de sua relação, versando à proteção de direito à propriedade, sucessão, previdenciários e fiscal. Desta forma, legitimando a nova família, que passará a ter registro em livro próprio nos Cartórios



de Registro Civil de Pessoas naturais, conforme dispõe o artigo 2º do projeto de lei nº 1515/1995, fazendo figurar um novo conceito denominado de unido, tomando feição de contrato público, versando sobre questões patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas (2007: 58).

Os atos de ignorar ou repudiar esses relacionamentos não suprime a realidade nem lhe tira a visibilidade. O operador do Direito precisa estar sempre atualizado dos fatos sociais, ajustando seu olhar à realidade iminente e aos temas latentes. Enquanto a lei não chegava era necessário os avanços jurisprudenciais, pois à Justiça cabe o asseguro do direito à igualdade e a dignidade humana.

### **3.4. A Sociologia Jurídica e os Direitos Humanos**

Em várias sociedades orientais e ocidentais a homossexualidade é prática comum desde os primórdios. Os sistemas dogmáticos monoteístas, sobretudo o catolicismo imperante na Idade Média (século VII ao XV), perseguiu, repudiou e puniu violentamente essas práticas e relações. Os preconceitos que circundam o tecido social brasileiro, que não é homogêneo, mas ainda se mostra forte, é herdeiro dessa mentalidade, embora tal modelo esteja se flexibilizando visivelmente.

A homossexualidade convive conosco, em nosso dia a dia, e ninguém pode fechar os olhos para isso. Fechar os olhos é demonstrar ignorância diante de um fato que existe na vida social desde o princípio da humanidade, ou seja, o homossexualismo não apareceu ontem. Indivíduos homossexuais sempre existiram e existirão. Seja no trabalho, na vida social ou mesmo no seio familiar, a homossexualidade precisa ser encarada como algo natural e livre para se expandir, viver e desfrutar de seus direitos livremente como qualquer cidadão.

É comum escutar que os valores estão se perdendo na malha frenética da contemporaneidade. Talvez esteja ocorrendo uma modificação no conceito de respeito e coexistência da diversidade, antes meramente de jure, agora, paulatinamente, de fato. Os próprios ataques por parte dos homofóbicos às vítimas que não atentaram contra ninguém nem ao patrimônio, apenas vivenciam seu direito à liberdade de orientação

sexual, demonstra que ainda há muito que se percorrer. Mas, no outro extremo, se tem os avanços jurídicos —como o próprio reconhecimento legal da união homoafetiva como união estável— e sociais.

Os autores que discutem sobre pós-modernidade, a exemplo de Hall (2007), discorrem sobre a busca do indivíduo por sua identidade, numa conjuntura de pulverização das normas. Em meio às incertezas constitutivas deste momento histórico, o indivíduo vai busca se conhecer, se subjetivar dos demais a partir do reconhecimento e imposição de si, retirando ou lutando pela retirada dos grilhões sociais que lhe aprisiona e doméstica. Indubitavelmente, os preconceitos contra os que possuem uma orientação sexual distinta do que ditam as regras são gritantes, o que descortina um contexto de contradições típico dos momentos de transição. As raízes da tradição judaico-cristã e falocrática ainda possuem consistência e força.

A alteração do conceito das chamadas relações concubinárias foi provocada pelos operadores do Direito, devido a estar cada vez mais evidente em nossa sociedade, então se faz jus que estivessem sido regulamentadas, porque não fazer o mesmo em relação às uniões homoafetivas? Indispensável reconhecer que os vínculos afetivos são muito mais do que meras relações homossexuais, são constituídas de afeto, lealdade, respeito. Em verdade, representam uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Deve ser cuidado pelos conceitos científicos do Direito, sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça.

As várias sociedades do mundo vêm passando por transformações, que são sintomas da Globalização, que não só diz respeito à esfera econômica, mas também à cultura. Por muito tempo, a única forma legal de união afetiva era o casamento. Porém, com a decorrência de lutas por direitos, transformações da intimidade, da vida pública e da lei, se alargou e deve se expandir ainda mais.

Os Direitos Humanos passaram a ser discutidos e exaustivamente elencados em fóruns de discussão, meios de comunicação de massa e redes sociais. Quando são citados, de subido, pensa-se nos direitos fundamentais, entre eles, o direito à liberdade e à igualdade, sem distinção

de qualquer natureza. A liberdade é garantida no texto constitucional, desde que não orquestre prejuízos a ninguém e que esteja dentro do que determina o Ordenamento Jurídico Pátrio.

Não há erros ou delito nas uniões homoafetivas. Na prática, elas não prejudicam as outras pessoas e a orientação sexual está inserida no direito à liberdade. Não se pode falar em liberdade sem pensarmos no direito à intimidade ou vida privada, mencionados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispondo, que ninguém será sujeito a interferências na vida privada, todo homem tem direito à proteção da lei. Diante disso, podemos afirmar que não existe nada mais provado do que a vida sexual de cada um, ou seja, cabe à cada pessoa viver sua sexualidade. Sendo assim, se o sujeito tem o direito de ser homossexual, também deve ter o direito de ter sua união regulamentada juridicamente, com todo o amparo legal necessário para que não haja injustiças (Giorgis 2004: 315).

O preconceito fere profundamente a dignidade humana, pois, *a priori*, desrespeita os direitos fundamentais. O ideal é uma ordem jurídica mais justa e humana, dentro do princípio da equidade. As lacunas são muitas, se estabelecer um comparativo entre a prática e o texto constitucional, mas avanços são passíveis de concretização.

#### **4. A união estável**

##### **4.1. Elementos caracterizadores**

Caracteriza-se pelo escopo de constituir família, notoriedade, estabilidade e continuidade. Diante da subjetividade e peculiaridade de cada caso, suas definições são complexas. Entretanto, é necessário que se tenha vida em comum, com deveres e obrigações justapostos aos do casamento. Não é necessária a coabitação do leito, mas é fundamental a vida sexual permanente, junto à comunhão de interesses entre os companheiros, segundo Fachin (2001: 217).

Nesta relação deve existir igualdade, com poderes de direção no aspecto sócio jurídico para ambos, vinculação afetiva, psicológica e material, de caráter estável e duradouro, sem o casamento civil. É esse tipo de

comunhão de vida que irá resultar numa entidade familiar que não precisa em nada se assemelhar ao casamento. A união estável não é definida como estado civil, pois se o companheiro for viúvo, solteiro etc., permanecerá neste estado civil.

O tempo para ser considerada união estável gera dúvidas e polêmicas. Para Venosa (2004: 180), a união precisa ser ininterrupta, o período aproximado de dois anos tem que ser contínuos, pois se houver interrupções o prazo anterior será desconsiderado e começará a contar deste tempo em diante. As é necessário analisar a situação de cada caso, para que se perceba se há a existência de outras características que configurem que há uma entidade familiar com convivência de igualdade. A Lei 8.971/94 foi a primeira que disciplinou a união estável fez referência em seu artigo 1º ao prazo de cinco anos de convívio em comum. Hoje em dia não é mais assim, conforme citado, o prazo mínimo de convivência é de dois anos.

O Novo Código Civil de 2002 tornou legítimas as modificações através das quais a família brasileira passou desde o Código Civil de 1916. Um dos temas foi o “casamento ilegítimo”, termo utilizado para união de pessoas que já haviam casado anteriormente e eram classificados de concubinos. Ao longo de oitenta e seis anos o termo recebeu diversas interpretações, mas após o referido Código, tal relação foi alçada ao *status* de união estável. Hoje, o avanço que revolucionou foi aprovação da união homoafetiva como entidade familiar e, como tal, com amparo de todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homens e mulheres.

#### **4.2. Evolução da união estável no Brasil**

Nas últimas décadas, a concepção de família vem relativizando-se. Os laços religiosos, em alguns casos, estão de afrouxando, atribuindo um espaço maior para a liberdade de escolha individual, inclusive no que diz respeito à orientação sexual. O Direito, que regula o convívio social, acompanha essas mudanças de forma paulatina. Nas palavras de Venosa.

O conceito de família sempre esteve atrelado ao casamento sacramentado e sempre sofreu influência do cristianismo, e é exatamente esta visão que se vê presente no Código Civil de 1916, em que se via juridicamente

como família apenas o casamento entre homem e mulher, estando qualquer outro tipo de união repudiada, rechaçada e desprotegida legalmente, todavia, ainda trazia uma série de restrições a esse tipo de convivência, proibindo, por exemplo, benefícios do homem casado à concubina, doações, inclusão como beneficiária em seguro de vida, reconhecimento de filho fora do casamento etc.

A Constituição Federal de 1988 adotou, em definitivo, o posicionamento que prioriza a relação afetiva e amorosa, considerando casamento e união estável como entidades familiares com a mesma consistência jurídica, vislumbrando ser a união estável uma família com as mesmas finalidades do casamento.

Apesar de tratar casamento e união estável como dissociados, esta tem o mesmo valor de uma instituição familiar tradicionalmente convencional. Mas uma lacuna se apresentou. Foi deixado para a doutrina e para a jurisprudência a responsabilidade de determinar quais seriam os efeitos desse tipo de união no dia a dia.

Como se vê, mesmo sem uma regulamentação legal da união entre casais homoafetivos, o anúncio de sua necessidade e urgência tem sido fator de pronunciamentos de vários doutrinadores e da jurisprudência brasileira. Obviamente, não se trata de uma unanimidade, mas tornou-se cada vez mais corriqueiro. Ignorar a premência dessas uniões era anacrônico. Isso porque, além da expansão dos casais do mesmo sexo, as reivindicações por parte dos movimentos sociais e da demanda da sociedade civil cresceram demasiadamente.

Descabido estabelecer a distinção de sexo como pressuposto para o reconhecimento da união estável. A não equiparação arbitrária e aleatória é exigência claramente discriminatória. O próprio legislador denominou de entidade familiar merecedora de proteção do Estado também à comunidade formada por qualquer de seus pais e seus descendentes. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio, nem a diferenciação de sexo ou a capacidade de procriar servem de elemento identificador da família. Por consequência, não há como ver entidade familiar somente à união de pessoas do sexo oposto.

O que se percebe é que os passos são lentos, mas largos, quando se analisam os escritos de Dias no final do século passado. Nota-se que as reflexões giram em torno do argumento que defende que, se duas pessoas tem vida em comum, cumprindo os deveres e direitos, com real convívio estável, assistência mútua, regidos por amor e respeito e com fim de constituir um lar, tal vínculo independe do sexo dos seus participantes, bem como o Direito não deve ser segregar.

Enquanto a lei não acompanhar as demandas sociais relacionadas à homoafetividade, as transformações na mentalidade e no conceito de moralidade, que coexistem dificilmente alcançarão o topo do desenvolvimento cultural capaz de destruir tabus e conceitos religiosos retrógrados.

## **5. A união estável homoafetiva legitimada**

### **5.1. Ações rumo ao reconhecimento**

Textualiza o Art. 226 da Constituição Federal que a família é a base da sociedade, possuindo proteção do Estado. E, para efeito dessa proteção, a união estável reconhecida se dá entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão em casamento. Amparada, sobretudo, nos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade perante a lei e nos princípios da dignidade da pessoa humana, a luta pelo reconhecimento galgou espaço no limiar do século XXI.

Para além das jurisprudências, que se alastraram nos últimos anos, as lutas e decisões conquistaram densidade social e força jurídica. Em Fevereiro do ano de 2008 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental —ADPF 132[2], de autoria do Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Esta indicou como direitos fundamentais violados, os direitos à isonomia e à liberdade, arrolando na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica, se estendendo além do princípio da dignidade da pessoa humana.

O principal pedido da ação foi traduzido em requerimento da aplicação análoga do artigo 1723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, baseado na intitulada “interpretação conforme a

Constituição”, requisitando que o Supremo Tribunal Federal interpretasse de acordo com a Constituição Federal atuante o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e declare que as decisões judiciais denegatórias de analogia jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis acabam por afetar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Pediu-se, então, a ADPF, em caso da corte entender como descabida, que fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Foi o que efetivamente aconteceu.

Em Julho de 2009, foi proposta pela Procuradoria Geral da República a ADPF 178, recebida pelo então presidente do STF Gilmar Mendes, como a ADI 4277. Tal Ação Constitucional tinha por fim a declaração da Suprema Corte de reconhecimento obrigatório da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher. Dessa forma, os mesmos deveres e direitos originários da união estável deveriam ser estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas. Repito são reconhecimentos do Judiciário, mas, que necessitam de Lei que as regule.

## **5.2. O reconhecimento da união estável**

A expectativa em torno da votação da suprema corte foi grande. Nos meios de comunicação de massa e nas redes sociais as opiniões sobre o tema se proliferaram. Caso fosse aprovada, por um lado, o Direito estaria cumprindo sua função social de regular a sociedade civil, se mostrando cuidadoso e tutelar. Por outro lado, daria um grande salto a favor do respeito à diversidade, contribuindo com a quebra das barreiras culturais envelhecidas, mas existentes e insistentes no discurso religioso imperante.

Os 10 Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se favoravelmente à procedência das respectivas ações constitucionais. Reconheceram, portanto, a união homoafetiva como entidade familiar, aplicando o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no artigo 1.723 do Código Civil vigente.

O posicionamento homogêneo dos ministros do STF chamou a atenção da imprensa, formadores de opinião e cidadãos comuns para a urgência e coerência do assunto. Considerar a união homoafetiva como união familiar acaba por contribuir para a atenuação dos preconceitos e discriminação, um processo lento, mas extremamente necessário para o amplo exercício da democracia.

Apesar de a aprovação ter sido unânime, não houve um consenso nas justificativas das decisões, o que é saudável para o aparato reflexivo do exercício democrático. Alguns votos se basearam na fundamentação e interpretação conforme a Constituição, na esteira do pedido formulado nas petições iniciais das referidas ações.

Entretanto, outros votantes divergiram no argumento, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva. Indicou-se, ainda, que a constitucionalidade da união homoafetiva e sim, união homoafetiva estável. Foi lembrado que o reconhecimento dessa união como entidade familiar tinha sustentáculo nos direitos fundamentais, defesas das inúmeras jurisprudências anteriores. O importante, contudo, foi mesmo o resultado: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável.

### **5.3. A polêmica do ativismo jurídico**

Uma polêmica que causou celeuma, em especial entre os constitucionalistas, foi a concepção de que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal teria afrontado o princípio da separação de poderes, fundamentado na ideia de que o Judiciário estaria tomando o papel do legislativo. Que realmente tomou, invadindo competência que não lhe pertence.

Certamente, o ativismo judicial não pode ser exacerbado, se degenerando em abuso. Contudo, a situação ora abordada se justifica, entre outras razões, pela inércia do legislativo. Trata-se de uma maneira proativa de interpretar a Constituição, ampliando seu alcance e sentido. De acordo com Barroso 2011, p.366, emerge da “retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sejam atendidas de maneira efetiva”.



Os direitos fundamentais de muitos cidadãos brasileiros estavam sendo sonegados e o STF cumpria o seu papel de promover e proteger os direitos fundamentais de todos. Parece incongruente com o momento histórico de o Brasil questionar a legitimidade jurídico-constitucional da decisão proferida pela Suprema Corte brasileira, que se traduz em prestígio pela Constituição, fazendo valer o incremento de um Estado Democrático de Direito. Não podendo tal decisão prevalecer indeterminadamente por falta de Lei que lhe dê suporte de norma jurídica.

#### **5.4. A superação da pretensa “inexistência”**

O entendimento de que o casamento civil homoafetivo era possível no Brasil existia em algumas jurisprudências antes mesmo da decisão do STF [11]. Tal conquista veio legitimar, na esfera da suprema corte, e com a repercussão proporcional à sua importância em âmbito nacional.

A Constituição Federal não explicita que a diversidade de sexos é requisito para a sua existência. Limita-se a determinar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Dessa forma, deixa subentendido que o casamento é exclusivamente reservado a pares heterossexuais, em virtude da locução "homem e mulher" onipresente nos dispositivos, a exemplo dos artigos 1.514, 1.517, 1.565, apenas reconheceu direito dos homossexuais por falta de Lei, ou seja, pela inércia do Legislativo brasileiro. Isso não quer dizer que as decisões do Judiciário tenham se tornado Lei. Não, é preciso regulamentar urgentemente a situação dos casais homossexuais, livrando-os do constrangimento de baterem as portas da Justiça para verem um direito seu acatado.

A doutrina favorável ao reconhecimento do casamento civil entre casais homoafetivos, no Brasil, baseia-se na lógica de que a expressão “o homem e a mulher” não impediria o casamento entre um par do mesmo sexo. Afirma-se que os impedimentos matrimoniais são as proibições expressamente elencadas no art. 1.521 do Código Civil bem como em outros dispositivos esparsos que determinam a anulabilidade ou nulidade do casamento civil. A referência a homem e mulher indica apenas a regulamentação do fato heteroafetivo, sem que isso se traduza em

proibição do fato homoafetivo para a mesma finalidade, que deveria ser regulado por meio da analogia ou interpretação extensiva.

Para continuar engendrando vitórias para a vida em uma sociedade que tenha como ponto de partida o respeito aos direitos fundamentais e a defesa da dignidade da pessoa humana, pode ser vislumbrada outra decisão para os casais do mesmo sexo que desejem contrair matrimônio: converter a união estável em casamento. É uma solução muito simples, oriunda da legislação positiva brasileira, passível de se realizar sem maiores barreiras.

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal assegura que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Já na legislação infraconstitucional, o Código Civil declara, em seu art. 1.726, que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Restaram, para todos os fins de direito, as uniões homoafetivas equiparadas às uniões heteroafetivas. Desta forma, é de clareza cristalina o entendimento de que a união estável —seja heteroafetiva ou homoafetiva— poderá ser convertida em casamento, basta vontade política e manifestação de toda comunidade homossexual em todo o Brasil com o objetivo de forçar os políticos brasileiros a aprovarem, urgentemente, alteração no Código Civil acrescentado os casais do mesmo sexo como aptos ao casamento.

### **Considerações finais**

O legado cultural judaico-cristão, que teve como seu principal expoente coercitivo a Igreja Católica Apostólica Romana, fez se perpetuar, no Brasil, colonizado oficialmente por um dos países mais católicos do mundo, Portugal, os preconceitos contra a homossexualidade, prática corriqueira desde os primórdios da humanidade e de sua vida em grupo.

De início, a sodomia e demais práticas homoafetivas entravam no elenco dos pecados graves, sendo combatida e violentamente punida. Com o passar do tempo, dos séculos, ocorreram transformações no contexto histórico. A própria consciência de direitos, presentes nos documentos constitucionais liberais, assegurando a vida, a liberdade e a igualdade

como direitos fundamentais, recebendo, portanto, total tutela do Estado, contribuiu para a relativização das uniões e de sua publicização. Junto a isso, lutas incansáveis, árduas, nas ruas, nas esferas midiáticas e na instância dos Poderes Legislativo e Judiciário foram encampadas. A sociedade brasileira percebe, agora a olhos nus, as transformações da intimidade, pois retirou a venda dos olhos, postas e reafirmadas pelos tentáculos do preconceito de origem religiosa. O Direito, a passos lentos, mas persistente, acompanha essas mudanças e precisa se ajustar a sociedade a quem zela.

Enquanto não houver letra constitucional para regular as uniões homoafetivas, caberá aos juízes fazer a aplicação da justiça utilizando-se dos costumes, princípios e analogias. Para além das ideias de promiscuidade e libertinagem, hegemônica no Brasil até meados do século XX e com fortes raízes ainda operantes, é preciso compreender que essas relações envolvem afeto, amor, respeito e obrigações mútuas, típicos de uma vida em comum compartilhada. Abandonar o falso moralismo e a hipocrisia se torna fundamental para o operador do Direito da Família. A proteção dos direitos fundamentais e o resguardo do Princípio da Dignidade Humana deve ser prioridades no Brasil. Por isso, é fundamental a criação de uma legislação de fato que verse sobre os direitos e deveres da união entre pessoas do mesmo sexo. Essas lacunas criam dúvidas, apresenta omissões e diversas interpretações nas perspectivas moral e patrimonial.

Neste trabalho foi produzida uma análise histórica e jurídica da evolução do Direito concernente aos casais homoafetivos. Um apanhado histórico que tem como principal relevância o reconhecimento social e jurídico desta união nos termos da lei. Há um longo caminho a se percorrer, mas os avanços mostram que o Direito não está inerte, ele vem ao encontro dos fenômenos sociais.

## **Bibliografia**

BARROSO, Luís Roberto

- 2011 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

BOURDIEU, Pierre

- 2001 O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

CHAVES, Mariana

- 2011 Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - um Panorama luso-brasileiro. 1ª ed. Curitiba: Juruá.

DEL PRIORE, Mary

- 2001 Histórias do Cotidiano. São Paulo: Contexto.

DIAS, Maria Berenice

- 2007 Manual de Direito das Famílias. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- 2001 União homossexual: o preconceito e a justiça. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- 1999 “União homossexual: aspectos sociais e jurídicos”. Revista Brasileira de Direito de Família. V. 1, nº 1, abr./jun.

DINIZ, Maria Helena

- 2004 Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 5, 19 ed. São Paulo: Saraiva.

FACHIN, Rosana Amara Girardi

- 2011 Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito da Família Contemporâneo. São Paulo: Renovar.

GIORGIS, José Cardoso Teixeira

2004     Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos. São Paulo: Método.

HALL, Stuart

2005     A identidade na Pós-modernidade. São Paulo: DPA.

MONTEIRO, Washington de Barros

2005     Curso de Direito Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense.

RIOS, Roger Raupp

2001     A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

2002     O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RODRIGUES, Sílvia

2002     Direito Civil. Vol. VI. Direito da Família. 29 ed. São Paulo: Saraiva.

SPENCER, Colin

1995     Homossexualidade: uma história. Rio de Janeiro: Recorde.

VENOSA, Sílvia

2004     Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. São Paulo: Atlas.

WELTER, Belmiro Pedro

2003     Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva. São Paulo: Rt: Revista dos Tribunais.